

A. I. Nº - 1241570816/09-8
AUTUADO - UNILEVER BRASIL GELADOS DO NORDESTE S/A
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 19.11.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0326-02/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar de ser devido o pagamento na primeira repartição fazendária do processo de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, por contribuinte não credenciado. Comprovada que a mercadoria, alvo da autuação, é enquadrada o regime de substituição tributária interna. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/02/2010, atribuindo ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte não credenciado, sendo exigido o imposto no valor de R\$8.399,11, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresentou defesa, às fls. 19 a 38, argumentando que a acusação imposta é por falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial devido pela aquisição de mercadorias tributadas pelo fato de encontrar-se descredenciada, está enquadrada nos artigos nºs. 125, Inciso II, Alínea "F" e 325-A, combinado com os artigos nºs. 911 e 913 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e Portaria nº 114/04, conforme se verifica no item "Enquadramento" constante da peça acusatória.

Argumenta que, de um lado, a Portaria nº 114/04 foi revogada em 2008, pelo inciso II, do artigo 11, do Decreto nº 11.289/08, e de outro, que o artigo nº. 125, Inciso II, Alínea "F", não trata de contribuinte descredenciado, mas apenas da exigência de antecipação parcial para mercadorias destinadas à comercialização.

Entende que tais fatos, por óbvio, demonstram a falta de clareza e obscuridade na indicação das infrações impostas à defendente, na medida em que não há como se sustentar uma exigência em dispositivo revogado, bem como não há qualquer justificativa ou mesmo comprovação do descredenciamento da defendente.

Consigna foi revogação a Portaria nº 114/04, pelo inciso II, do artigo 11, do Decreto nº 11.289/08.

Argui que, diante das circunstâncias trazidas acima, resta clara a impossibilidade de que uma exigência fundada em legislação revogada e eivada de obscuridade possa prevalecer.

Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional, para concluir que, no que toca o presente caso, o ato jurídico do lançamento, efetuado por meio do Auto de Infração em questão, é inválido, por vício material existente em seus elementos estruturais, ou seja, em seu conteúdo, especialmente no que diz respeito ao enquadramento da exigência.

A esse respeito, destaca o art. 39 do Decreto nº. 7.629/99, em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, oficialidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência impostos à Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal) – determina, dentre outros pressupostos, que o procedimento fiscal deverá: seguir rigorosamente todos os “ditames legais” (legalidade objetiva), sendo que se tal não ocorrer, a administração Pública deverá tomar as medidas necessárias para corrigir tal situação (oficialidade); e (ii) buscar a verdade material para que a Administração Fiscal atue com base em fatos reais, tendo, assim, o dever de considerar no lançamento tributário (e/ou na sua análise) todos os dados, informações e documentos relacionados à matéria objeto de lançamento tributário.

Alude ser indiscutível que a “indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária” “em que se fundamente a exigência fiscal” e “tidos como infringidos”, exigidos pelo dispositivo legal em análise, devem guardar vinculação direta, de forma a descrever claramente o fato gerador do crédito tributário em consonância com a legislação pertinente, para que, dessa forma, o contribuinte não tenha qualquer dúvida sobre a motivação e a legalidade do lançamento do crédito tributário a ser por ele suportado, o que não se verificou, segundo o autuado, no presente Auto de Infração.

Tal situação, porém, conforme restou evidenciado acima, não se verificou no Auto de Infração ora impugnado, uma vez que a fiscalização fundamentou a exigência fiscal indicando dispositivos infringidos que já foram revogados e que não guardam vinculação direta com a infração que lhe foi atribuída, impossibilitando a perfeita identificação, pela defendente, de qual seriam os elementos que sustentam a exigência.

Conclui o Auto de Infração ora impugnado não respeitou os pressupostos legais estabelecidos no art. 39 do Decreto nº. 7.629/99, sendo, portanto, nulo, por não conter a “indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária” “em que se fundamente a exigência fiscal” e “tidos como infringidos”, de forma que cerceia a defesa do contribuinte.

Quanto a mérito o autuado argumenta, de acordo com os campos “Descrição dos Fatos” e “Infração”, constantes da peça acusatória em combate, teria deixado de recolher o ICMS relacionado à antecipação parcial, prevista na alínea “F”, inciso II do artigo 125 e 325-A do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 e Portaria nº 114/04, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, acobertadas pelas Notas Fiscais nºs. 0037676 e 0037675, oriundas de outra Unidade da Federação, por encontrar-se “descredenciada” perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SEFAZ/BA.

Argui que, da análise das Notas Fiscais nºs. 0037676 e 0037675 (Docs. 05 e 06), especificamente nos campos “NATUREZA DA OPERAÇÃO” e “CFOP”, as operações sobre as quais se exige a antecipação do imposto cuidam de transferências interestaduais, entre estabelecimentos da Defendente, de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, sendo certo que o próprio RICMS/BA, veda a realização de antecipação a qualquer título nesta hipótese de operação, conforme teor do artigo nº. 355 e inciso I, do RICMS/BA.

Argumenta que, pela simples análise do dispositivo acima invocado, mostra-se totalmente descabida a exigência de antecipação em que se funda o Auto de Infração, na medida em que as operações autuadas consistem em transferências interestaduais entre os estabelecimentos da Defendente situados em Pernambuco e na Bahia.

De outra parte, igualmente mediante a análise das Notas Fiscais nºs. 0037676 e 0037675, afirma verificar-se que as mercadorias transferidas à defendente são sorvetes e picolés, classificados na posição NCM 2105.00 e, portanto, sujeitas ao regime de substituição tributária nas operações internas e interestaduais, nos termos do Protocolo ICMS nº 20/2005, cuja adesão pelo Estado da Bahia se deu mediante o Protocolo ICMS nº 08/2007.

Aponta a Cláusula quinta, inciso II, do Convênio ICMS 81/93, cujo teor é reproduzido fielmente pelo inciso II do artigo nº 375 do RICMS/BA, o regime de substituição tributária não se aplica à hipótese dos autos, por se tratarem de transferências interestaduais entre os estabelecimentos da Defendente, já que o destinatário, autuado pelo fisco baiano, não atua no comércio varejista. Entende que diante da inaplicabilidade do aludido regime de tributação às transferências autuadas, o inciso II, do artigo 375, do RICMS/BA, automaticamente, dá operacionalidade a previsão contida no item 8.1, inciso II, do artigo 353 do mesmo diploma, que determina a aplicação da Substituição Tributária nas operações internas com sorvete, por contribuinte alienante no Estado da Bahia, que se revestirá na condição de substituto tributário, fica ainda mais evidente que a autuação combatida não pode prosperar.

Consigna que, mediante a análise desses dispositivos, resta claro que a defendente em hipótese alguma está sujeita à antecipação parcial que a Fiscalização, por meio do Auto de Infração em combate, tenta lhe atribuir, na medida em que a própria legislação baiana, na hipótese das operações autuadas (transferências interestaduais de sorvetes e picolés), por meio da combinação do inciso II, do artigo nº 375, e do item 8.1, inciso II, do artigo nº 353 ambos do RICMS/BA.

Cita o disposto no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo nº. 352-A do RICMS/BA, para concluir que a antecipação parcial do ICMS exigida pela fiscalização nos presentes autos, não se aplica às mercadorias, cujas operações internas estejam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Relaciona decisões desse CONSEF, Acórdão JJJ Nº 0423-04/02, Acórdão JJJ Nº 0417-02/02.

Argumenta, ainda, que não há que se falar em descredenciamento do seu estabelecimento autuado perante os cadastros da Secretaria por meio do Sintegra, ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, apresentando consulta que procura demonstrar a sua situação cadastral regular (credenciada), desde 10/03/1980, perante a fazenda estadual.

Pede a nulidade do Auto de Infração ou a sua improcedência.

O autuante, às fls. 55 a 58, apresenta a informação fiscal alegando que a defendente, tendo efetuado operação de transferência interestadual de Mercadorias, tributadas pelo ICMS, através Danfe's de nº 37675/37676, contemplando sorvetes e picolés diversos, procedentes do Recife no Estado de Pernambuco, descumpriu exigência da Legislação pertinente, pelo fato, de nesta data, encontrar-se enfaticamente na condição de descredenciado (folha 07/08 do presente PAF), e deixar de efetuar o pagamento do ICMS devido pela operação, na primeira repartição fazendária da divisa ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas com intuito comercial, como exige o art. 125, II, "F" "f", § 7º, Art. 352-A, § 3º, II.

Afirma que, apesar das arguições do impugnante, o mesmo estava descredenciado por motivo de restrição de crédito (folha 07/08 do PAF), quando efetuou uma operação comercial cuja natureza descrita nos Danfe's n.37675 / 37676 (folha 09/10/11do PAF) é "Transferência de mercadoria adquirida, recebida de terceiros", de sorvetes e picolés diversos produto que compõe a cesta de mercadorias para revenda da impugnante.

Entende que se trata de mercadoria de transferência sob o manto do art. 355, I, do RICMS/BA, por isso não sujeitas à antecipação do ICMS, não deve prosperar, em face de situação da autuada no momento da operação mercantil, onde o RICMS/BA, Decreto 6.284/07 em artigos aqui descritos exige seja feita a antecipação do imposto para os contribuintes que cadastral (Descredenciado) perante a SEFAZ.

Conclui que a impugnante ao deixar de recolher o valor do ICMS devido na entrada do Estado por estar Descredenciado (fl. 07/08 do PAF), correspondente ao Danfe's nº 37675 e 37676, portanto, ensejou que a fiscalização estadual reclamasse através da lavratura de auto de infração, o tributo ora demandado.

VOTO

O presente lançamento de ofício atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias, sorvetes diversos, provenientes de outras unidades da Federação, por contribuinte não credenciado.

Verifico não caberem as arguições de nulidade, visto que a legislação tributária apontada pelo autuando, ainda que a aludida portaria tenha sido revogada, indica claramente a exigência tributária pretendida, ou seja, a antecipação parcial do imposto, tendo em vista se tratar de uma operação interestadual, com mercadorias destinadas a comercialização, estando o adquirente descredenciando, razão pela qual se amparou o autuante no art. 125, II, “f” “f”, § 7º, Art. 352-A, § 3º, II.

Tais dispositivos confirmam que é devido o pagamento na primeira repartição fazendária do processo de entrada neste Estado a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, por contribuinte não credenciado.

Ocorre, contudo, que além de se referir à transferência entre a indústria e a filial atacadista, a operação interestadual não está sujeita à antecipação, inclusive na aquisição, através do regime de substituição tributária do ICMS de acordo o artigo 355, I, do RICMS, não é cabível, também, a antecipação parcial desse imposto, nos termos do art. 352-A, §1º, III, na medida em que as mercadorias em questão (sorvetes diversos) estão acobertadas, nas operações internas, pela antecipação e substituição tributária, constante do item 8.1, inciso II, do artigo 353 do RICMS/BA, *in verbis*:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

...

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.”

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração 1241570816/09-8, lavrado contra **UNILEVER BRASIL GELADOS DO NORDESTE S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRSIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DAN